



JULIANA RAMOS DE FREITAS

**APURAÇÃO DE FALTA NA EXECUÇÃO PENAL E CONSEQUÊNCIAS
JURÍDICAS – REGRESSÃO DE REGIME POR FALTA GRAVE**

BRASÍLIA

2011

AUTORA: JULIANA RAMOS DE FREITAS

**APURAÇÃO DE FALTA NA EXECUÇÃO PENAL E CONSEQUÊNCIAS
JURÍDICAS – REGRESSÃO DE REGIME POR FALTA GRAVE**

*Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito no Centro Universitário de
Brasília- UNICEUB, Orientado pelo
Professor Marcus Vinicius*

BRASÍLIA

2011

AUTORA: JULIANA RAMOS DE FREITAS

APURAÇÃO DE FALTA NA EXECUÇÃO PENAL E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS –
REGRESSÃO DE REGIME POR FALTA GRAVE

*Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em Direito
no Centro Universitário de Brasília- UNICEUB,
Orientado pelo Professor Marcus Vinicius*

BRASÍLIA, 12 de maio de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Marcus Vinicius - Orientador

Prof. José Carlos Veloso – Examinador

Dedico o presente trabalho aos meus pais que investiram em mim, nos meus estudos, em agradecimento ao apoio que recebi deles, sem eles nada disso seria possível.

Resumo

O presente trabalho busca analisar o instituto da regressão de regime em consequência do cometimento de falta disciplinar grave. Observando a incidência dos preceitos constitucionais previstos desde o cometimento da falta à aplicação da regressão de regime, abordando a fase de apuração da falta e seus desdobramentos. Visa, com base na doutrina e na jurisprudência, verificar aplicação das garantias constitucionais como a ampla defesa, o contraditório e o princípio da legalidade no processo de apuração da falta grave. Trata-se de uma análise crítica à LEP no que tange às garantias do preso e da sociedade, para que se tenha a aplicação de uma pena justa e eficaz que atenda à finalidade da pena, qual seja reeducar e ressocializar o preso.

Palavras chave: Lei de Execução Penal. Falta grave. Processo disciplinar.

Sumário

Resumo	5
Sumário	6
Introdução	7
1. Execução Penal	9
1.1 Histórico das penas	9
1.1 Pena corporal e o Sistema de execução da pena	11
1.2 Teleologia da Lei de Execução Penal.....	16
1.3 Natureza jurídica	20
1.4 Problemáticas no Sistema Prisional Brasileiro	21
1.5 Princípios Constitucionais.....	25
2 Procedimento Administrativo Disciplinar	34
2.1 Regime disciplinar do preso	34
2.2 Falta leve, média e grave.....	35
2.3 Falta grave	37
2.4 Falta grave e pena privativa de liberdade	42
2.5 Falta grave e pena restritiva de direito.....	43
2.6 Da prescrição.....	44
3 Sistema progressivo/regressivo da execução da pena corporal.....	46
3.1 Do mérito do reeducando	47
3.2 Regressão de regime	47
3.3 Regressão de regime por falta grave.....	51
3.4 Processo de apuração da falta grave	51
Conclusão.....	55
Referências	57

Introdução

Com a tendência à humanização das penas há uma grande preocupação com a teleologia da pena e a eficácia das penas aplicadas e seus desdobramentos. A Execução Penal passa a ser analisada sob o prisma da finalidade retributiva e, principalmente, ressocializadora.

Busca-se analisar como e até que ponto são observadas as garantias constitucionais no âmbito da Execução da pena, bem como no âmbito do procedimento administrativo disciplinar. Analisa-se como ocorre a manutenção da disciplina dentro dos estabelecimentos penitenciários e ainda o processo para apuração das infrações disciplinares.

O foco específico do presente estudo é como a prática de uma conduta considerada falta grave pode levar à regressão de regime. Muitas críticas são realizadas ao longo de toda a pesquisa diante de diversas lacunas deixadas pelo legislador, aborda-se ainda quais as conseqüências à sociedade e ao reeducando quando há a possibilidade de haver uma discricionariedade das autoridades responsáveis pela ressocialização daquele infrator.

Em primeiro momento, analisa-se a Lei de Execução Penal (Lei 7.210), o sistema prisional e a finalidade da pena, abordando sua aplicação. Posteriormente, questiona-se sobre a condição do reeducando como sujeito de direito, delimitando até onde pode a sentença penal alterar na condição daquele indivíduo e nos seus direitos fundamentais.

No segundo capítulo passa-se a analisar o instituto da Disciplina, *latu sensu*, abordando desde as infrações previstas até o procedimento disciplinar para a apuração das faltas disciplinares.

Por fim, será abordado o sistema progressivo da execução da pena e a regressão como situação excepcional, que pode ocorrer em decorrência da prática de uma falta disciplinar grave.

O presente trabalho utilizará o modelo dogmático instrumental, pois, irá se restringir à críticas à doutrina e análise de jurisprudência. Uma análise teórica de conceitos de modelo de Estado, bem como das premissas que ele traz consigo, e seus desdobramentos relevantes para o processo penal na fase de execução, mais restrito ao procedimento para a apuração de falta grave e a consequência da regressão de regime.

1. Execução Penal

1.1 Histórico das penas

O modo de punir do Estado pode ser estudado em fases, começando pela pena de degradação para o Brasil, aplicada por Portugal como penalidade aos crimes graves e perseguição religiosa pela Inquisição, depois advindo o estágio do suplício.

Logo em seguida, em 1830, sobreveio o primeiro Código Penal Brasileiro, com a humanização das penas e depois, em 1890, o novo código penal que abolia a pena de morte e instalava um regime penitenciário que visava à correição.

Por fim, em 1942, sucedeu o Código Penal em vigor até a presente data.

O processo penal é dividido em fases e a última delas é a Execução da pena.

Após a prolação da sentença dá-se início à fase chamada de Execução da pena, onde o sentenciado passará a executar o que foi determinado em sentença. A execução penal objetiva efetivar o que está disposto na sentença condenatória, bem como proporcionar condições para a ressocialização do sentenciado, conforme pode se abstrair do artigo 1º da Lei de Execuções Penais.

No ordenamento brasileiro a lei que regula essa fase é a Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, a LEP – Lei de Execuções Penais. A referida lei dispõe sobre o objeto e a aplicação da lei de execução penal, sobre o condenado e o internado, os órgãos da execução penal, os estabelecimentos penais, a execução da pena em espécie, a execução das medidas de segurança, os incidentes de execução e sobre o procedimento judicial.

O Estado é quem deve fornecer os instrumentos para sanar a criminalidade, que é vista como doença, uma vez que o criminoso passou a ser tratado como doente e a prisão a ser vista como instrumento para modificar a personalidade criminosa, como meio de cura, como técnica de educar para o convívio em sociedade e não mais como vingança pela prática do delito cometido.

O objetivo do direito de punir do estado com o surgimento das prisões correccionais é transformar o indivíduo delituoso de tal modo que o mesmo possa retornar ao convívio em sociedade. A pena de restrição da liberdade que leva o indivíduo à prisão é um método de educação.¹

Na Execução penal não de ser observados todos os direitos que não foram atingidos pela sentença ou pela lei. Portanto, do Estado podem ser exigidas determinadas prestações. Conforme previsão no artigo 6º da Constituição Federal, senão vejamos:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma dessa Constituição.

Note-se que aqueles que se encontram presos não estão excluídos de exigir estas prestações, portanto devem ser considerados e tratados como sujeitos de direito.

Contudo, resta-se comprovado que estes são ignorados pelo Estado, na presente situação carcerária, uma vez que nem mesmo a sociedade não-desviada tem visto respeitado plenamente seus direitos sociais pelo Estado, o que pode se dizer da população carcerária.

¹ ROCHA, Alexandre Ferreira da. *O Estado e o Direito de Punir: A superlotação do sistema penitenciário brasileiro. O caso do Distrito Federal*. 2006. 194 f. Dissertação (mestrado) – Programa de Mestrado em Ciência Política: Instituto de ciência política da Universidade de Brasília, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. p. 54. Disponível em: <<https://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/2217/1/Alexandre%20Pereira%20da%20Rocha.pdf>> acessado em 10 abr. 2010.

[...] o cidadão comum, não-desviado, até se vê, respeitado, em algumas ocasiões, no que se refere aos direitos de liberdade, já as necessidades sociais deste mesmo cidadão brasileiro, contudo, não vêm sendo supridas a contento, e isso faz com que, infelizmente, como que numa espécie de “fila” de prioridades, o Estado veja-se comprometido, primeiro, a satisfazer as necessidades sociais da sociedade não-desviada, para que, só após, suprir essas mesmas necessidades no ambiente prisional ²

Assim sendo, a fase executiva da pena é de suma importância, posto que é aquela que torna eficaz ou não a prestação jurisdicional do Estado.

1.1 Pena corporal e o Sistema de execução da pena

Primeiramente, a prisão não era sinônimo de pena corporal, mas os castigos físicos sofridos por aqueles que não podiam pagar uma fiança, posteriormente, já no direito canônico que a prisão passou a ser considerado castigo corporal.

Originalmente, a prisão, era o local onde o condenado aguardava a execução de sua pena, portanto não era a pena em si. Em regra, as penas eram corporais ou a capital, entretanto, quem podia pagar fiança estipulada pela vítima não sofria castigo físico. É no direito penal canônico que se observa o uso da cela - local onde pessoa cumpriria a penitência até o momento em que se arrependesse. Deste modo, “... o aprisionamento era visto como uma forma de castigo corporal.”³

Ainda que nas prisões as penas recaiam sobre o corpo é diferente das penas corporais aplicadas nos suplícios. Note-se que atualmente o corpo é objeto indireto para a aplicação das penas.

A relação castigo-corpo não é idêntica ao que ela era nos suplícios. O corpo encontra-se aí em posição de instrumento ou de intermediário: qualquer intervenção sobre ele pelo enclausuramento, pelo trabalho obrigatório visa privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e como um bem. Segundo essa penalidade, o corpo é colocado num sistema de coação e de privação, de obrigações e de interdições. O sofrimento

² CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 233.

³ SILVA, Evelyn Melo. *Leitura constitucional da lei de execução penal: das inconstitucionalidades nas apurações das faltas disciplinares*. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em 21 abr. 2011.

físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena.⁴

É manifesto que entre os séculos XVIII e XIX opera-se uma transformação na pena, que passa das penas corporais às privativas de liberdade e do mero castigo à 'correção'.⁵

A partir do século XVIII houve uma quebra de paradigma onde a pena deixa de incidir sobre o corpo do delituoso, passando a atingir seus direitos, principalmente os direitos de ir e vir ocasionando na criação dos estabelecimentos próprios para o cumprimento das penas privativas de liberdade. Atualmente, o ordenamento jurídico vigente adota como penas (i) as privativas de liberdade, (ii) as restritivas de direito e (iii) as pecuniárias. As penas cruéis e de tortura foram proibidas constitucionalmente.

Antes, entendia-se que o delinqüente devia pagar com o sofrimento infligido em seu corpo o seu ato. Com as reformas iluministas, muda-se a compreensão do binômio delito-castigo. A teoria da pena liberal é consensualista e entende que o "certo" e o "errado" são categorias naturais. Assim, o crime é um fenômeno natural que o homem escolhe racionalmente segui-lo. Assim, é necessário que o Estado intervenha para "curar" este cidadão, fazendo-o enxergar como deve fazer suas escolhas. Dá-se a criação do sistema penitenciário, enquanto instituição estatal responsável por curar os autores de delitos. Há uma semelhança - arquitetônica e institucional - entre os cárceres, os manicômios e as escolas. Pois estas instituições - chamadas pelos revisionistas de "instituições totais" - têm o objetivo de curar indivíduos que devem permanecer nesses locais em reclusão.⁶

Ainda com a implementação da pena privativa de liberdade o sistema penal precisa de mudanças, há ainda quem defenda que a pena privativa de liberdade não deixou de ser uma pena corporal, segundo o psiquiatra francês Daniel Godin, em seu livro *La Sante Incarcérée. Médecine et Conditions de Vie en Détention*, o cárcere atinge o corpo do detento, deixando marcas pro resto de sua

⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p.16.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.276.

⁶ VIEIRA, Adriana Dias. Significado de Penas e Tratamentos Desumanos. Disponível em: <<http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/latina/dias/cap1.htm>> Acesso em 14 mar. 2011.

vida, apresenta ainda estudo que aborda vários efeitos físicos causados nos detentos em virtude do encarceramento.

A dicotomia entre pena humana e pena cruel é ilusória, e parte de premissas falsas, somente admissíveis por quem não conhece a realidade carcerária, mesmo nos países em que o sistema carcerário é mantido em certos parâmetros ambientais vistos como "humanos" pelos sistemas internacionais de direitos humanos. Se esta proposição, entretanto, é posta em contraposição a países ocidentais não europeus, em particular países africanos e sul-americanos, a questão se torna talvez mais simples de ser respondida do ponto de vista teórico. Do ponto de vista prático, consiste em uma triste constatação que necessita de urgente transformação.⁷

Sob o ponto de vista criminológico os fatores sociais, econômicos e diversos outros influenciam ao comportamento delinqüente. Atualmente, e não apenas para a criminologia, os estabelecimentos prisionais têm influenciado notoriamente à delinqüência, à reincidência e ainda à especialização no crime, fazendo o papel muitas vezes de "faculdade do crime".

Na tentativa de buscar soluções dentro da política criminal atual, defende-se a descaracterização de ter apenas a pena privativa de liberdade como meio de correção e a implementação de penas restritivas de direito como forma de reeducar, onde a privação de liberdade é aplicada em último plano, já que o aproveitamento da política de privar da liberdade do individuo não é tão eficaz quando se trata de reeducar quanto à restrição de direitos a depender do delito cometido.

Verifica-se essa premissa ao observar as duas políticas (privativa de liberdade e restritiva de direitos) dentro da realidade dos sistemas penitenciários disponíveis, quando o resultado almejado, a reeducação, não pode ser obtida, senão vejamos, se a um condenado que não tenha praticado crime violento e nem ofereça perigo para a sociedade for aplicada pena privativa de liberdade, o obrigando ao

⁷ VIEIRA, Adriana Dias. Significado de Penas e Tratamentos Desumanos. Disponível em: <<http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/latina/dias/cap1.htm>> Acesso em 14 mar. 2011.

convívio com delinqüentes violentos, em penitenciárias superlotadas, desperta a revolta, e “profissionaliza” um infrator no que concerne a crimes.

Ainda a aplicação de uma política penal truculenta apenas aumenta a violência.

O sistema penitenciário que se sedimentou foi marcado pelo inchaço populacional, pela desorganização estrutural e orgânica. Nesse ambiente inóspito imperaram os maus-tratos e a violência como única alternativa de punição e coibição da criminalidade.⁸

As conseqüências do efeito contrário à finalidade de ressocializar, ou seja, a dessocialização, não cessam dentro do estabelecimento prisional, pois, vem sendo meio para formação e aperfeiçoamento para a criminalidade, pois, apenas a restrição da liberdade civil não abarca a restrição da liberdade criminal. Devendo para tanto ser dada a devida importância aos demais fatores que influenciam na criminalidade a fim de que se alcancem os fatores ensejadores dessa de forma abrangente e interativa.

Assim, uma política integral de segurança nasce do embate público e democrático entre leituras diferenciadas destes problemas e da interação e aprendizagem mútua entre os atores que dividem responsabilidade em sua gestão.⁹

Egoisticamente, há argumentos que o preso está ali porque quis, esquecendo-se de que o livre-arbítrio é tomado levando-se em conta diversos fatores, tais como a vida econômico-social pregressa, carregado também de responsabilidade social, ou seja, a sociedade e o Estado têm uma parcela de culpa pelo crime praticado.

⁸ ROCHA, Alexandre Ferreira da. O Estado e o Direito de Punir: A superlotação do sistema penitenciário brasileiro. O caso do Distrito Federal. 2006. 194 f. Dissertação (mestrado) – Programa de Mestrado em Ciência Política: Instituto de ciência política da Universidade de Brasília, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. p. 64. Disponível em: <<https://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/2217/1/Alexandre%20Pereira%20da%20Rocha.pdf>> acessado em 10 de abril de 2010.

⁹ Ibidem, p.74.

Ao analisar a intenção do artigo 39 da LEP, comprova-se que o Estado tem a intenção de inculcar os valores sociais de homem bom, dessa forma registrando na LEP a finalidade pedagógica da execução.

A inobservância dos princípios e garantias para que haja o devido processo se comprova ao constatar que o sistema de execução das penas não condiz com o próprio sistema de justiça.

O desgaste das metas históricas de ressocialização e recuperação de indivíduos presos, associado aos medos e tensões sociais ligadas à questão da criminalidade, permitiram a criação de novos programas para o sistema de pena, mais fáceis e baratos (no cálculo de curto prazo) de serem implementados, dos quais são exemplos o aumento do tempo de cerceamento e a aplicação da prática de castigos cruéis escondidos sob o argumento da inevitabilidade da superlotação dos presídios.¹⁰

O indivíduo, ainda que privado da sua liberdade, deve ser compreendido como titular dos direitos não restringidos pela sentença, assim como aduz a Lei de Execução Penal, artigo 3º, parágrafo único, *in verbis*:

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.
Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.¹¹

Contudo, na prática ocorre de modo diverso, uma vez que ao ser encarcerado, o indivíduo passa a não ser tratado mais como sujeito de direito.

... a Lei de Execução Penal precisa ser (re) vista sob o prisma constitucional. Deste modo, a dignidade da pessoa e demais garantias constitucionais devem pautar a execução da pena. Porém, a vida no cárcere é orientada pela disciplina, segurança e mérito do condenado.¹²

¹⁰ AMARAL, Cláudio do Prado. Em busca do devido processo legal na execução. *Revista Brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 17, n.81, p. 189, Nov. /dez. 2009.

¹¹ BRASIL. Lei 7.210, 11 de julho de 1984. Institui Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 abr. 2011.

¹² SILVA, Evelyn Melo. *Leitura constitucional da lei de execução penal: das inconstitucionalidades nas apurações das faltas disciplinares*. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 21 abr. 2011.

Nesse diapasão, a finalidade pedagógica da pena só será atingida se utilizados instrumentos hábeis para esse fim e não instrumentos que trabalhem contra o objetivo pretendido, assim, indispensável que o sistema de justiça atual passe a aplicar todos os direitos inerentes a um sujeito de direito ao presidiário, dando ao menos o bom exemplo de que pode e deve respeitar ao próximo, do contrário, jamais poderá se exigir daquele sujeito um comportamento incutido de valores de homem bom, como dito anteriormente.

1.2 Teleologia da Lei de Execução Penal

Apesar da pretensão punitiva não se encontrar bem delimitada, no que tange a parâmetros políticos, no nosso Código Penal, a Lei de Execuções Penais foi mais incisiva quanto à delimitação desse problema. A sanção penal é fixada na sentença condenatória e a execução objetiva efetivar o que está disposto nesta sentença, bem como proporcionar condições para a ressocialização do sentenciado, conforme se pode abstrair do artigo 1º da Lei de Execuções penais.

A execução penal adota a teoria mista, ou seja, funda-se em prevenir novos delitos e humanizar o sentenciado, senão vejamos a explanação de Renato Marcão:

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adota a teoria *mista* ou *eclética*, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar.¹³

A finalidade de tudo que se passa na execução penal se funde em reeducar, ou seja, proporcionar ao condenado condições para reintegrar a sociedade.

Assim sendo, o processo de execução penal não serve somente à sociedade, mas principalmente ao apenado, como meio de reeducação e

¹³ MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 31.

ressocialização deste, para que o mesmo possa voltar a viver em sociedade sem causar risco a esta, direcionando para o mesmo ponto a expectativa de ambos.

Assim, essa finalidade é buscada da seguinte forma:

O programa a ser executado pelo sistema jurídico de execução de penas funciona conforme o código binário ressocialização e dessocialização. Toda via, termina por obedecer ao código castigo e perdão.¹⁴

O sistema previsto em Lei não condiz com a realidade vivenciada do sistema de execução de penas, pois, este na prática atende a outros programas e códigos, trazendo à baila o baixo amadurecimento da sociedade bem como do Poder Público no que diz respeito a essa questão.

Logo, nem a sociedade, tampouco o reeducando conseguem identificar efetivamente a concretização da ressocialização, uma vez que na prática ela não acontece e no maior numero de casos o efeito é o inverso, ocorrendo assim a dessocialização no preso.

A finalidade jurídica, bem como a da execução penal, é também a atuação das pessoas na sociedade em que vivem, devendo-se regular as condutas que sejam concretamente lesivas a interesses de outrem, portanto proporcionando condições para uma harmônica integração social, pois, se assim desejarem, tem o direito de se reeducarem, para que sua personalidade se compatibilize a princípios ético-sociais, não dando ao estado o direito de punir caso não se adéquem.

[...] a ressocialização é, quando muito, um direito do apenado, ou seja, trata-se de uma serie de mecanismos oferecidos pelo estado ao criminoso, que, se assim desejar, poderá aquiescer na submissão do programa.¹⁵

Portanto, o que há é um dever de ser disciplinado, protegendo a sociedade.

¹⁴ AMARAL, Cláudio do Prado. Em busca do devido processo legal na execução. *Revista Brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 17, n.81, p.172, Nov./dez. 2009.

¹⁵ CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 216.

Para que a aplicação da pena seja eficaz deve restar legitimado o fundamento ressocializador, podendo impor ao condenado uma moral social considerada correta.

Nesse sentido é que a defesa social autoriza a imposição cogente, ao apenado, de valores sociais positivos apresentados como *conditio sine qua non* para um convívio “digno” em sociedade.¹⁶

A proteção que se busca é contra lesões concretas e não abstratas, o que não se pode ter é um direito individual, um daqueles primados pela Constituição Federal como direitos fundamentais de primeira geração, lesado concretamente, e não abstratamente, protegendo assim a sociedade.

Portanto, não resta a menor dúvida de que esse direito penal simbólico, cujos fundamentos encontram-se estruturados na ideologia da defesa social, não pode ser sustentado perante o ordenamento constitucional.¹⁷

Consoante dito anteriormente, a finalidade da pena na Execução penal é ressocializar o indivíduo, os estabelecimentos prisionais são os locais onde o reeducando irá cumprir a pena, assim, é de suma importância para a reeducação daquele.

Os estabelecimentos penais se destacam por sua importância na reinserção do indivíduo para o convívio social, devendo possuir uma arquitetura adequada às características da pena a ser cumprida pelo condenado.¹⁸

Contudo, dentro das atuais condições que se encontram os estabelecimentos prisionais é praticamente impossível reeducar um indivíduo. Uma vez que estes estabelecimentos deixam de suprir as necessidades vitais de qualquer indivíduo ali submetido, carecendo de higiene adequada, espaço físico para alocação dos detentos, dentre outros.

¹⁶ CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal*: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 209.

¹⁷ Idem, p. 219.

¹⁸ CAPEZ, Fernando. *Execução Penal*. 9. ed. São Paulo: Paloma, 2003.p.65.

Nesta feita, a restrição da liberdade impede o preso de satisfazer suas necessidades vitais, tornando o ambiente prisional o mais dessocializador possível.

Nesse diapasão, o objetivo na realidade do sistema da execução penal não foi efetivado. Ao analisar os procedimentos adotados pelos estabelecimentos prisionais, os meios não se comunicam com os fins almejados.

O sistema de execução de penas não assegurou as expectativas sociais que recaem sobre suas finalidades, tampouco foi capaz de reduzir a complexidade de todos os elementos existenciais instáveis que o penetram.¹⁹

Uma abordagem humanista no sistema penitenciário é o caminho para uma realidade digna e com fito de reeducar o sentenciado, afastando assim, os fatores que impedem o preso de cumprir seu papel de sujeito de direitos e deveres. Pode-se iniciar com a mudança no comportamento dos agentes penitenciários no que tange à hostilidade apresentada por eles.

Esta mudança requer vontade política, técnica e financeira necessárias visando objetivos a curto, médio e longo prazo, mas em caráter de absoluta urgência se, de fato, o ser humano é a essência de todas as instituições; o aperfeiçoamento do aparelho penitenciário exige uma abordagem humanista, que vise desenvolver e dignificar o presidiário, a começar pela mudança da hostilidade que cada agente carrega dentro de si, a ponto de serem comparados aos abomináveis “justiceiros”.²⁰

Os homens são sujeitos de direito independente da sua condição, livres ou tendo sua liberdade restrita, posto que, se escolheu a Democracia como forma de governo.

Contudo, os instrumentos processuais aptos a obrigarem o Estado a respeitar as garantias individuais e sociais determinadas pelo legislador constituinte não estão sendo aplicadas na fase de execução da pena. Críticas devem ser feitas

¹⁹ AMARAL, Cláudio do Prado. Em busca do devido processo legal na execução. *Revista Brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 17, n.81, p.170, Nov. /dez. 2009.

²⁰ ANTUNES, Jose Benedito. *A falta grave e seus efeitos*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4425/A-falta-grave-e-seus-efeitos>>. Acesso em 15 de mai. 2010.

aos detentores de legitimidade para a interposição desses instrumentos processuais, como Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil, dentre outros.

1.3 Natureza jurídica

O tema não é pacificado entre os doutrinadores. Há diversas correntes com relação à natureza da execução penal.

Julio Fabbrini Mirabete defende que a fase de execução penal tem natureza complexa, tendo em vista ter característica administrativa e jurisdicional.

Jurisdicional em relação aos processos executivos, v. g., no procedimento para concessão de livramento condicional, indulto, progressão de regime etc., onde se faz presente o princípio do contraditório, previsto no art. 5º, LV, da Carta Maior. E administrativo porque fiscaliza presídios, obtêm pareceres técnicos, exames criminológicos e trata do procedimento disciplinar.²¹

Outros doutrinadores como Ada Pellegrini, Antônio Scarance, Antônio Magalhães, Andrei Zenkner Schmidt e Renato Marcão defendem ter natureza eminentemente jurisdicional, tendo em vista que essa fase é permeada por princípios/garantias constitucionais.

Envolvida intensamente no plano administrativo, não se desnatura, até porque todo e qualquer incidente ocorrido na execução pode ser submetido à apreciação judicial, por imperativo constitucional (art. 5º, XXXV, da CF), o que acarreta dizer, inclusive, que o rol do art. 66 da Lei de Execução Penal é meramente administrativo.²²

Entretanto ainda há corrente que defende ser de natureza eminentemente administrativa a fase de execução da pena, o que torna imperiosa a função dos princípios da proporcionalidade, presunção de inocência e inclusive do papel do interprete nessa fase.

²¹ SILVA, Evelyn Melo. *Leitura constitucional da lei de execução penal: das inconstitucionalidades nas apurações das faltas disciplinares*. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em 22 abr. 2011.

²² MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 33.

1.4 Problemáticas no Sistema Prisional Brasileiro

Inúmeras são as problemáticas que padece o Sistema Prisional Brasileiras, sendo apontadas as mais relevantes no presente estudo.

Antes da publicação da LEP já havia um desfalque no que concerne à aplicação da pena, pois, até o momento da publicação desta Lei não havia regulamentação sobre o sistema penitenciário, nem procedimentos a serem seguidos e nem sobre a execução da pena.

Ainda após a implementação da LEP, instituições que definem a Política Criminal Brasileira alegam que, por ser a maior da América Latina carece de grande dispêndio de recursos, bem como de tratamento político contínuo.

Na busca de diminuir o escoamento dos indivíduos que não cumprem as penas e de tornar eficaz a finalidade da pena almejada diversas mudanças são propostas tais como a padronização do sistema prisional, melhores condições físicas para alocação dos reeducandos, melhora no relacionamento dos detentos com os serventuários que lidam diretamente com eles, dentre outras mudanças que serão explanadas.

Outra problemática vivenciada no sistema prisional brasileiro é a inexistência de um padrão a ser seguido, tendo em vista sua regulamentação ser de competência concorrente, ou seja, a União legisla sob normas gerais e os estados sobre normas específicas. Esse fato torna impossível manter uma padronização sobre os procedimentos, a política a ser aplicada, a estrutura.

Definir a política criminal e penitenciária num ambiente marcado pela descentralização é uma tarefa complexa, pois, conciliar os diversos interesses e necessidades dos sistemas penitenciários das unidades federativas requer um amplo e preponderantemente doutrinário.²³

²³ ROCHA, Alexandre Ferreira da. O Estado e o Direito de Punir: A superlotação do sistema penitenciário brasileiro. O caso do Distrito Federal. 2006. 194 f. Dissertação (mestrado) – Programa de Mestrado em Ciência Política: Instituto de ciência política da Universidade de Brasília, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

Nesse diapasão, em uma tentativa de unificar esses sistemas, tem-se, como órgão implementador das diretrizes e políticas criminais a serem seguidas pelos estados, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que trabalha com o objetivo de unificar os sistemas penitenciários, levando em conta as peculiaridades dos entes existentes, ante a diversidade das políticas aplicadas, pois, como foi dito, resultado da autonomia para legislar operada por cada um.

apesar das deficiências quanto à aplicabilidade de suas diretrizes, o CNPCP, constitui-se numa estrutura relacionada com o processo de humanização da pena, que se empenha em tornar o direito de punir do Estado num fato garantidor de ressocialização e inibidor da criminalidade.²⁴

Portanto, o sistema penitenciário deve ser observado por diversos pontos de vista, por estar sendo utilizado como meio diverso da finalidade buscada. Dessa forma, se atendo ao objetivo de reeducar e ressocializar o encarcerado sanando os motivos que o levaram a transgredir o ordenamento jurídico.

a população prisional desenvolve padrões e condutas sociais bem distintas, pois embora os encarcerados estejam cumprindo pena por infringirem o ordenamento jurídico-social, grande parte não se desvencilha dos motivos que os levaram ao cárcere.²⁵

Não obstante, a existência da superlotação carcerária é fonte causadora de outros problemas, sendo um dos maiores fatores negativos do sistema penitenciário brasileiro. Conforme nota do DEPEN:

A superpopulação carcerária se inscreve como um dos problemas mais graves do sistema. No exercício, foi dotado um sistema de maior densidade da população carcerária, para efeito de alocação de

Disponível em:
<<https://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/2217/1/Alexandre%20Pereira%20da%20Rocha.pdf>>. Acesso em 10 abr. 2010.

²⁴ MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.61.

²⁵ ROCHA, Alexandre Ferreira da. O Estado e o Direito de Punir: A superlotação do sistema penitenciário brasileiro. O caso do Distrito Federal. 2006. 194 f. Dissertação (mestrado) – Programa de Mestrado em Ciência Política: Instituto de ciência política da Universidade de Brasília, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. p. 73.
Disponível em:
<<https://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/2217/1/Alexandre%20Pereira%20da%20Rocha.pdf>>. Acesso em 10 abr. 2010.

recursos destinados á obra de construção ou reforma de estabelecimentos penitenciários [...]²⁶

Ao se constatar que a forma mais utilizada como punição por prática de delitos ainda é a pena privativa de liberdade e considerando que a população é crescente, em consequência se tem um déficit de vagas nos estabelecimentos prisionais. Na busca de solução para esse crescimento populacional e a ocorrência de mais privações de liberdade se recorre à construção de novos estabelecimentos prisionais, contudo, o número de “ingressantes” é maior do que de libertados, logo, não sendo eficaz suficientemente essa solução.

Não é possível se negar a receber todos apenados com perda de sua liberdade, independente da situação precária de super lotação, caso se negue a receber será recebido como pratica oposição de restrições às atividades dos Tribunais e da polícia. (THOMPSON, A. 1980).

Assim sendo, se aduz que o problema da superlotação impressiona, mas advêm de uma serie de outras causas, pois, o que está atingido é o tecido social, levando a reincidência e a delinquência.

O resultado dessa realidade vivenciada dentro dos estabelecimentos prisionais pelos reeducandos é o desenvolvimento da brutalidade dos mesmos e a consequente dessocialização, o que seria de se esperar é que se a pena não pode recuperar que no mínimo não ocorra o efeito contrário, sendo obrigado a aplicar uma política de danos mínimos.

Cada dia a mais nessas masmorras modernas, que são as prisões de hoje, reflete negativamente nas condições internas do preso para absorver valores sociais saudáveis, provocando a degeneração exponencial de sua capacidade de introjetar comportamentos éticos, desenvolver autocrítica, ampliar freios morais e, enfim, viver em paz com seus semelhantes.²⁷

²⁶ BRASIL, Ministério da Justiça. Relatório de Gestão, DEPEN, 2002, p. 03.

²⁷ AMARAL, Cláudio do Prado. Em busca do devido processo legal na execução. *Revista Brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 17, n.81, p.183, Nov. /dez. 2009.

O Estado não comporta o surto da violência, tendo em vista a precariedade que este apresenta, pela desorganização estrutural e pelo aumento da população. O que acaba por fazer com que as políticas penitenciárias não são vivenciadas na prática, se colocando ainda em um nível abstrato, como objetivos. Sendo nesse contexto que o CNPCP, Departamento Nacional de Políticas Penitenciária, entra em cena com o papel de efetivar essas diretrizes e políticas.

Outro fator que gera déficit no cumprimento da pena é a relação entre o sentenciado e o agente penitenciário. Uma vez que o sentenciado é privado de sua liberdade passa a ser tratado como animal, salvo os privilegiados com a corrupção dos agentes.

A relação entre sentenciado e agente penitenciário é, sem qualquer margem para contestação, um barril de pólvora pronto para explodir [...] ²⁸

O sentenciado é visto como excluído, com violação dos direitos humanos, com as autoridades agindo com descaso e com excesso de violência ao preso.

Os valores cristãos implicam misericórdia e solidariedade, se contrapondo com os valores incutidos na sociedade acerca do indivíduo preso.

O apóstolo Paulo de Tarso, em Carta aos Hebreus, diz: “LEMBREM-SE DOS PRESOS COMO SE VOCÊS ESTIVESSEM NA PRISÃO COM ELES. LEMBREM-SE DOS QUE SÃO TORTURADOS, POIS, VOCÊS TAMBÉM TÊM UM CORPO”. ²⁹

Vale ressaltar o entendimento do Ministro Eros Grau no julgamento do HC, senão vejamos:

[...] entendemos a missão do Agente de Segurança Penitenciário como sagrada, desde que praticada sem a presença de recalques ou frustrações. [...] visto que se estará tratando com quem teve a sua liberdade tolhida em razão de um delito praticado. Esse cidadão, ao

²⁸ ANTUNES, Jose Benedito. A falta grave e seus efeitos. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4425/A-falta-grave-e-seus-efeitos>. Acesso em 15 mai. 2010.

²⁹ Ibidem.

exercer tal missão, precisa ser dotado de alta capacidade para lidar com o seu semelhante e que está do outro lado do muro, isto é, obrigado a cumprir pena pelo cometimento de um crime, qualquer que seja ele.

[...] se não imbuído de tal espírito e capacidade, como a maioria dos que exercem essa função, apenas serão os alimentadores dos incêndios [...]³⁰

Trata-se de uma problemática a implementação de programas para reduzir as mazelas do sistema prisional brasileiro, necessitando assim do auxílio de todas as segregações. Para tanto, faz-se necessário que todo o organismo se volte pra essa problemática, a fim de introduzir melhorias no sistema prisional.

1.5 Princípios Constitucionais

Durante o processo de execução da pena asseguram-se ao preso todas as garantias constitucionais.

Se todas as garantias fundamentais reconhecidas no axioma fundamental devem ser respeitadas, não importa se em processo de conhecimento ou em sede de execução criminal, toda a interpretação deve ser conforme a Constituição.³¹

Dentre os princípios constitucionais aplicados à fase de execução da pena está o princípio da legalidade, previsto no texto constitucional com *status* de direito fundamental no artigo 5º, II, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 5º.

[...]

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

[...].

³⁰ ANTUNES, Jose Benedito. *A falta grave e seus efeitos*. Disponível em:

<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4425/A-falta-grave-e-seus-efeitos>. Acesso em 15 mai. 2010.

³¹ CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 484.

No Estado de Direito, a Constituição é garantidora da efetivação dos direitos e liberdades fundamentais do homem lato sensu, sendo assim, o Direito Penal, deve respeito a essas garantias, material e formalmente.

Como assevera Luigi Ferrajoli, a lei penal, na medida em que incide na liberdade pessoal dos cidadãos, está obrigada a vincular a si mesma não apenas as formas, mas também às substancias e aos conteúdos dos atos que a aplicam. Esta é a garantia estrutural que diferencia o Direito Penal no Estado de Direito do Direito Penal dos Estados Legais, nos quais o legislador é onipresente e, portanto, são validas todas as leis vigentes em nenhum limite substancial à primazia da lei, critério que marca a distinção entre direito penal mínimo e máximo, entre substancialismo jurídico e formalismo, garantismo e totalitarismo.³²

Antes de qualquer coisa, há uma sujeição à Constituição, devendo o juiz declarar a invalidade constitucional se a contradizer, tornado assim efetiva a defesa dos direitos do preso.

Trata-se de garantia constitucional limitando o poder discricionário do Estado e protegendo os indivíduos das arbitrariedades.

Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei. Conforme salientam Celso Bastos e Ives Gandra Martins, no fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei, pois como já afirmava Aristóteles, ‘a paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão – eis a lei’.³³

Decorrente do princípio da legalidade o preso não pode ser punido por atos que anteriormente não estejam previstos como faltas disciplinares.

A não-observância desse princípio, inscrito no art. 45 da Lei de Execução Penal, traria para o sentenciado a incerteza análoga a que

³² CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 473.

³³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 36.

todos teriam se o princípio da reserva legal não fosse acolhido pelo Código Penal.³⁴

No que diz respeito à taxatividade tem-se que a LEP deve prever condutas objetivas e exatas, do contrário há margem para que haja um juízo de valor no que tange à configuração da conduta.

Apesar de o art. 45 da LEP prever que as faltas disciplinares devem ser expressas e anteriormente previstas, portanto, todas as infrações disciplinares devem conter em seu tipo a exata conduta que se quer evitar, na prática não é o que se verifica lendo os arts. 50 e 52 da Lei de Execuções Penais. O princípio da reserva legal diz que a restrição à liberdade só pode advir de norma suficientemente clara e precisa quanto à sua aplicabilidade, conforme o brocardo: *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.³⁵

Nesse diapasão, antes de tudo, para que se veja respeitado esse princípio, o rol de condutas consideradas como falta disciplinar deve ser apresentado ao apenado assim que adentrar ao cárcere.

Dessa maneira, apesar de ser um princípio fundamental assegurado na fase de Execução da pena, diversas são as transgressões a esse princípio constitucional, que na prática causa enorme prejuízo ao apenado, atingindo muito além da pena determinada em sentença, tornando imperiosa uma maior atenção do Estado para essas ocorrências, evitando maiores prejuízos, posto que sua não observância acaba por ser mais um fator da ineficácia da ressocialização.

Tendo em vista que o Estado Democrático de Direito proíbe o excesso, como outrora elucidado, o juiz deve refutar medidas autoritárias, ilegais e desproporcionais. De outra maneira estaria por violar o princípio implícito da proporcionalidade, deve-se, portanto, analisar se o meio é razoável para atingir a finalidade que se busca.

Ademais se perquire da violação de outro princípio implícito, princípio da proporcionalidade, quando é imperioso se verificar se o meio a ser

³⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2000. p. 135.

³⁵ SILVA, Evelyn Melo. *Leitura constitucional da lei de execução penal: das inconstitucionalidades nas apurações das faltas disciplinares*. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em 22 abr. 2011.

utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim pretendido, eis que o subprincípio da adequação respalda-se na verificação se o meio, de fato, é o mais adequado ao fim proposto; o subprincípio da necessidade verifica se é mesmo necessária a restrição de um direito para atingir o fim desejado, e a proporcionalidade *strictu sensu* é uma espécie de terceira dimensão na ponderação de direitos, na qual evidenciam quais são as desvantagens criadas pelo meio discutido, a fim de que se escolha o meio menos danoso ao fim buscado.³⁶

A LEP acaba por prever condutas que ferem esse princípio diversas vezes, como exemplo temos a situação em que a tentativa da falta disciplinar enseja sanção como se consumada fosse e ainda quando atinge direitos não previstos na pena prevista em sentença.

Em análise das faltas disciplinares propriamente ditas, observa-se que, por vezes, fere-se o princípio da razoabilidade, tendo em vista que se classifica como sanção condutas que são livremente exercidas por quem não cumpre uma pena privativa de liberdade, como é o caso do art. 59, II do Decreto nº 8897, que diz que é falta média adquirir, fornecer, usar ou trazer consigo bebida alcoólica, o que não é vedado pelo direito penal. Dessa forma, viola-se o disposto no art. 38, do Código Penal que estabelece que todos os direitos que não são restringidos na sentença condenatória devem ser preservados.³⁷

O Estado Democrático de Direito liga a atividade do Estado no que diz respeito ao Direito quanto à finalidade e ao processo de intervenção, e aquele se arrima fundamentalmente na dignidade da pessoa humana, se tornando a viga mestra, conferindo sentido único ao conjunto dos direitos fundamentais. Assegura-se garantias de cunho penal, criminal, processual e executivo, como advindas do princípio da legalidade.

Toda execução penal, na medida em que restringe direitos mensurados em sentença penal, não pode atribuir aos condenados sanções desmedidas, inadequadas e excessivas, sob pena de violar princípio implícito no âmbito Constitucional.³⁸

³⁶ CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal*: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 485.

³⁷ SILVA, Evelyn Melo. Leitura constitucional da lei de execução penal: das inconstitucionalidades nas apurações das faltas disciplinares. Disponível em: < www.ibccrim.org.br >. Acesso em 22 abr. 2011.

³⁸ CARVALHO, Salo de. Salo de. *Crítica à execução penal*: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 481.

O devido processo implica ser adequado e legitimado ao Estado ao qual se refere, portanto, Estado Democrático e de Direito. Sendo natural que o devido processo seja decorrência natural do Estado Democrático de Direito em que a dignidade da pessoa humana integra o centro político crucial.

(...) os direitos humanos de qualquer cidadão, inclusive das pessoas privadas do direito à liberdade, precedem às leis escritas e estão acima das próprias razões do Estado, porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana que constitui fundamento não só da República do Brasil, como da liberdade, da Justiça e da paz no mundo.(...) ³⁹

Destarte, o objetivo ressocializador da pena deve amoldar-se a esse prisma constitucional, vez que o sistema em o apenado é submetido deve estar em conformidade com as garantias constitucionais à ele asseguradas, do contrário exigir a ressocialização do apenado seria no mínimo uma contradição, uma violação de sua dignidade.

Além do mais, a ressocialização através da disciplina, sem se respeitar uma execução penal garantista, é uma ressocialização impositiva e fere a dignidade humana obrigar o agente em conflito com a lei a se ressocializar por meio de um processo em que julgam para outra pessoa o que é melhor para ela sem lhe dar a chance de se manifestar. Foucault diz que: “É dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado. (...). Esses métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade, são o que podemos chamar as ‘disciplinas’”. ⁴⁰

Não é possível separar o devido processo das demais garantias e princípios constitucionais ante a exigência da correlação entre as normas processuais e o Estado Democrático de Direito. Tais princípios formam um conjunto de normas interno a um sistema, conforme o pensamento jurídico contemporâneo nos remete, onde aquilo que é considerado processo devido é consequência do

³⁹ COUTO, Carlos Magno. *A execução penal da cidadania*. Disponível em: <WWW.ibccrim.org.br>. Acesso em 22 abr. 2011.

⁴⁰ SILVA, Evelyn Melo. *Leitura constitucional da lei de execução penal: das inconstitucionalidades nas apurações das faltas disciplinares*. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em 22 abr. 2011.

próprio sistema utilizado, logo, os princípios agem como reguladores de um sistema o qual segue a um programa delineado.

É justamente a exigência de correspondência entre as normas processuais e o Estado Democrático e de direito que não possibilita separar o devido processo das demais garantias e princípios constitucionais.⁴¹

Não obstante, ao longo de toda a presente pesquisa serão abordadas as transgressões a diversos princípios nos capítulos correspondentes.

De acordo com a Declaração Universal de Direitos Humanos, artigo 10 há a necessidade de equilíbrio entre a defesa e a acusação, *in verbis*:

Artigo

X.

Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele. (grifo original)⁴²

Destarte, os princípios do Contraditório e da Ampla defesa são instrumentos para a manutenção dessa igualdade. Na esfera processual penal, o primeiro refere-se à garantia de ter conhecimento de uma acusação e a oportunidade de participar do processo que a apura e se defender.

O contraditório abriga em seu conteúdo tanto o direito a informação como o direito a participação. O direito a informação no direito de ser cientificado, que por sua vez é respeitado por meio dos institutos da citação, intimação e notificação. Já o direito a participação consiste tanto no direito a prova como no direito a atividade de argumentação, de natureza eminentemente retórica, que busca seduzir pelo poder da palavra, oral ou escrita.⁴³

O segundo refere-se aos instrumentos utilizados para efetivar essa defesa, assegurando os meios que não se poderá abrir mão para efetivar uma

⁴¹ AMARAL, Cláudio do Prado. Em busca do devido processo legal na execução. *Revista Brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 17, n.81, p.165, Nov. dez. 2009

⁴² ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 22 abr. 2011.

⁴³ BECHARA, Fabio Ramazzini. CAMPOS, Pedro Franco de. Princípios constitucionais do processo penal. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6348/principios-constitucionais-do-processo-penal>>. Acesso em 01 abr. 2010.

defesa hábil a ajudar na demonstração da verdade real, dessa maneira auxiliando o magistrado a se aproximar do julgamento mais justo possível.

A ampla defesa, por sua vez, abriga em seu conteúdo o direito a autodefesa, o direito a defesa técnica e o direito a prova, que é o direito de se defender provando. O direito a autodefesa abrange o direito a audiência ou de ser ouvido, o direito de presença nos atos processuais, o direito ao silêncio e o direito de se entrevistar com o advogado. Já o direito a defesa técnica engloba tanto a defesa exercida pelo defensor constituído, como a exercida pelo defensor dativo e o defensor *ad hoc*.⁴⁴

No processo administrativo é assegurada a observância dessas garantias, não devendo diferir nesse aspecto do processo judicial, contudo, na prática sofrem algumas limitações. Como exemplo temos a restrição ao uso de defesa técnica e a dispensa da defesa do advogado.

SÚMULA VINCULANTE 5

A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.⁴⁵

Apesar de ser previsto na Constituição da República os direitos à ampla defesa e ao contraditório, no art. 5º, LV, e ao devido processo legal, no art. 5º LIV; o Procedimento Disciplinar é instaurado a revelia da defesa, tendo, por vezes, o contraditório diferido que é inconstitucional.⁴⁶

Atualmente, a Sexta Turma do STJ se posicionou sobre a não aplicação da referida súmula na sindicância para apurar falta grave na Execução penal, vejamos:

PROCESSO PENAL E EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. FALTA GRAVE. SINDICÂNCIA. INSTRUÇÃO. OITIVAS SEM A PRESENÇA DE ADVOGADO. NULIDADE RECONHECIDA EM PRIMEIRO GRAU. AGRAVO MINISTERIAL. REFORMA. FUNDAMENTO: SÚMULA VINCULANTE 5. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível no site: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>> acessada em 26.08.2010 as 15:08.

⁴⁶ SILVA, Evelyn Melo. *Leitura constitucional da lei de execução penal: das inconstitucionalidades nas apurações das faltas disciplinares*. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em 22 abr. 2011.

1. A judicialização da execução penal representa um dos grandes passos na humanização do sistema penal. Como corolário da atividade judicial encontra-se o devido processo legal, de cujo feixe de garantias se notabiliza a ampla defesa. Prescindir-se da defesa técnica no acompanhamento da colheita da prova em sindicância para apuração de falta grave, invocando-se a Súmula Vinculante n. 5, implica ilegalidade sob dois aspectos: a) os precedentes que a embasaram não se referem à execução penal; e, b) desconsidera-se a condição de vulnerabilidade a que submetido o encarcerado.
2. Ordem concedida para, cassando o acórdão atacado, restabelecer a decisão de primeiro grau, que anulou a sindicância para apuração de falta grave, em tese, ocorrida em 29/11/2007, pelo paciente.⁴⁷

Destarte, outro exemplo dessa limitação sofrida na prática é a dispensa da oitiva do apenado perante o juízo da execução.

A audiência do condenado não significa oitiva pessoal deste, e sim intimação para justificação de sua conduta, o que pode ser feito por seu advogado.⁴⁸

Não obstante, os referidos princípios não são absolutos, assim, quando em conflito com outra garantia há que se fazer uma ponderação entre ambos, como é o caso da ampla defesa e o princípio da eficácia processual, devendo-se então enxugar alguns procedimentos, ocorrendo a audiência por videoconferência, já aplicada na Vara de Execução Penal do Distrito Federal.

A Constituição Federal prevê como espécie normativa a lei ordinária, na condição de norma infraconstitucional, ou seja, coloca-a hierarquicamente submetida aquela, assim retira seu fundamento de validade da própria Constituição limitando seu conteúdo.

A função do juiz de observar os limites da formulação literal da lei, bem como torná-la mais adequada à Constituição, torna figurada a relação entre a interpretação conforme a constituição e o princípio da estrita legalidade.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus. Processo penal e execução penal. Habeas corpus. Falta grave. Sindicância. Instrução. Oitiva sem a presença do advogado. Nulidade reconhecida em primeiro grau. Agravo ministerial. Reforma. Fundamento sumula vinculante 5. Ilegalidade. Reconhecimento. HC 1335.082. Sexta Turma. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 03, de fevereiro de 2011.

⁴⁸ MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 198.

Nesse sentido, temos que as normas constitucionais servem para determinar o conteúdo das leis ordinárias.

Não obstante, a lei ordinária deve se amoldar aos preceitos constitucionais sob pena de ser considerada inconstitucional e perder a sua validade. Assim, considerando que a LEP é uma lei infraconstitucional que deve obedecer aos princípios nela estabelecidos como pressuposto para sua validade, temos que a LEP já deveria ter sido declarada inconstitucional em diversas passagens. Observando a LEP pelo prisma da visão constitucional verifica-se que essa sofre de vários vícios de constitucionalidade, conforme já abordado nos capítulos anteriores, contudo continua a ser aplicada ainda em confronto com a Constituição Federal de 1988.

2 Procedimento Administrativo Disciplinar

Diante de um possível cometimento de uma infração disciplinar grave deve-se instaurar um processo administrativo com o fito de apurar os fatos e aplicar a sanção equivalente. Os Conselhos disciplinares são os responsáveis por realizar o processo administrativo, que deverá se dar de forma escrita, em 10 dias da ocorrência do fato e ainda em estrita obediência ao contraditório e à ampla defesa.

2.1 Regime disciplinar do preso

O preso é sujeito de direito dotado de deveres e direitos, no caso da não observância dos seus deveres serão adotadas medidas disciplinares.

As normas disciplinares do estabelecimento penitenciário não são presumidas, devendo ser apresentadas ao detento para que se submeta ao regime imposto no cárcere, bem como deverão ser previamente previstas legalmente (princípio da anterioridade e legalidade).

A disciplina é prevista no artigo 44 da LEP, *in verbis*:

Art. 44. A disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho.

Parágrafo único. Estão sujeitos à disciplina o condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e o preso provisório.

Os detentores desse poder disciplinar são as autoridades administrativas. Destarte, apenas a punição quanto à falta grave deverá ser apresentada ao juízo da execução.

A punição pelo cometimento de faltas leves e médias se resolve nos limites da administração carcerária, pois não há imposição legal alguma no sentido de que as sanções aplicadas, nesses casos, sejam comunicadas ao juiz da execução para qualquer providência. Elas não repercutem na execução da pena, no seu aspecto judicial propriamente dito. Entretanto uma vez aplicada sanção disciplinar pelo cometimento de falta grave, a autoridade deverá,

obrigatoriamente, representar o juiz da execução, para os fins dos arts. 118, I, 125, 127, 181, §§1º, d, e 2º, da Lei de Execução Penal, consoante estabelece o parágrafo único do art. 48 da lei.⁴⁹

Para a convivência dentro do presídio são criadas regras necessárias para a manutenção da ordem, dessa forma quando deixam de ser observadas serão aplicadas sanções administrativas após serem instauradas por processo administrativo, devendo para tanto ser observados o contraditório e ampla defesa.

2.2 Falta leve, média e grave

A Constituição Federal de 1988 prevê que a competência para legislar sobre matéria penitenciária é concorrentemente entre a União e os estados, a Lei que regula a fase da execução penal é a Lei Federal 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).

Conforme outrora explanado, ao contrariar as normas disciplinares o detento incorre em falta disciplinar. As faltas disciplinares são divididas em três níveis conforme a gravidade do ato praticado, sendo leve, média ou grave.

Em sentido amplo, observar a disciplina é comportar-se em conformidade com as normas. Delas se distanciando, o preso estará a cometer falta disciplinar.⁵⁰

Dispõe a Lei de Execução Penal sobre as faltas consideradas graves e no que tange às faltas médias e leves serão regulamentadas por lei estadual, uma vez que deve ser condizente com as características de cada região, ante a diversificação cultural.

É imprescindível que o legislador estadual estabeleça como faltas disciplinares as infrações aos deveres do preso previstos no art. 39 da Lei de Execução Penal, como exceção, evidentemente, das que

⁴⁹ MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 68.

⁵⁰ Ibidem. p. 67.

constituem falta grave, sob pena de se tornarem inócuas as disposições do referido artigo.⁵¹

As faltas leves e médias são punidas com advertência verbal ou repreensão, já as faltas consideradas graves podem gerar diversas consequências e quando aplicada punição, nesse caso, deverá ser comunicada imediatamente ao juiz da execução.

Na tentativa a punição será proporcional às circunstâncias da prática do fato definido como falta.

Evidentemente, como na tentativa as consequências do fato não existem ou não são tão graves quanto na consumação, na fixação da sanção disciplinar será tida em vista essa circunstância para a escolha da natureza ou duração da punição.⁵²

A tentativa de ato considerado falta grave será punida como se consumada fosse, assim prevê expressamente o artigo 49, parágrafo único da LEP, *in verbis*:

Art. 49. As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções. Parágrafo único. Pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada.

Consoante os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade seria necessária uma ponderação entre a conduta e a sanção, contudo, o STF já se posicionou *ipsis literis* à previsão da LEP.

DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO STJ. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. FALTA GRAVE. CONFIGURAÇÃO. 1. A tese do habeas corpus consistiu na necessidade de se reinterpretar o parágrafo único, do art. 49, da LEP (Lei de Execução Penal), com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, para considerar que a mera tentativa de fuga não poderia ser considerada falta grave. 2. Contudo, a argumentação desenvolvida no recurso ordinário em habeas corpus foi diversa daquela apresentada por ocasião da

⁵¹MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2000. p. 136.

⁵²Ibidem, p. 137.

impetração do writ no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a inviabilizar o conhecimento do recurso interposto, sob pena de supressão de instância. 3. No mérito, **não seria possível acolher a tese segundo a qual o art. 49, parágrafo único, da LEP, deveria ser interpretado à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Não há qualquer óbice a que, em razão de critérios de política legislativa, seja estabelecida idêntica sanção, às hipóteses de consumação ou tentativa de determinados ilícitos, inclusive no campo da execução da pena.** 4. Recurso não conhecido. (grifo nosso) ⁵³

2.3 Falta grave

Conforme previsão nos artigos 50 e 51 da LEP, o sentenciado, já em sede de execução penal pode vir a cometer infração disciplinar considerada grave, *in verbis*:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

II – fugir;

III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

IV – provocar acidente de trabalho;

V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas;

VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39 desta Lei;

VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer, aparelho telefônico, de radio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

Parágrafo único. O disposto nesse artigo aplica-se no que couber ao preso provisório.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus. Direito processual penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Matéria não apreciada pelo STJ. Supressão de instância. Não conhecimento do recurso. Falta grave. Configuração. RHC 89459 / RJ. Segunda Turma Recorrente: Defensoria Pública da União. Paciente: Deciomar Rodrigues da Silva. Recorrido: Ministério Público Federal. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 24, de junho de 2008. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=89459%2889459%2ENUMER%2E+OU+89459%2EACMS%2E%29+%28%28ELLEN+GRACIE%29%2ENORL%2E+OU+%28ELLEN+GRACIE%29%2ENORV%2E+OU+%28ELLEN+GRACIE%29%2ENORA%2E+OU+%28ELLEN+GRACIE%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 12 mai. 2011.

Art. 51. Comete falta grave o condenado à pena restritiva de direito que:

I – descumprir, injustificadamente, a restrição imposta;

II – retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta;

III – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39 desta Lei.

A prática de crime doloso também constitui falta grave (artigo 52 da LEP).

A falta grave pode vir a ser cometida tanto pelo condenado que cumpre pena privativa de liberdade, prevista no artigo 50, como por aquele que cumpre pena restritiva de direito, artigo 51.

O rol que descreve as condutas consideradas faltas graves é taxativo, portanto, não pode sofrer ampliação, nem inovação. Contudo, o magistrado poderá desclassificar uma conduta inicialmente prevista como ensejadora de falta grave.

É de se observar, entretanto, que “tão só o fato de o conselho Disciplinar, ao decidir sobre determinada conduta de sentenciado, qualificá-la como grave, não impede que o juiz, com base na Lei de Execução Penal, entenda de modo diferente, pois, o magistrado não está vinculado à classificação feita pela Administração Penitenciária.

⁵⁴

Antes mesmo da apuração da falta considerada grave, a imputação gera uma série de conseqüências para o sentenciado. Nesse diapasão, para que essas conseqüências sobrevenham não é exigido que tenha sido constatada após o devido processo legal, portanto, a partir da imputação já começa a gerar efeitos gravosos para o condenado.

Tendo em vista que o bom comportamento, a disciplina, é requisito objetivo para uma série de benefícios, a simples imputação de falta já prejudica o reeducando, vez que obsta qualquer deferimento de benefício que tem como requisito subjetivo o bom comportamento.

⁵⁴ MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71.

Um dos efeitos da imputação de falta grave é, em caráter definitivo, a perda dos dias remidos, sendo este decretado pelo juízo da execução, ouvido o MP. Nessa esteira, acaba por afrontar a garantia de que o direito subjetivo, uma vez reconhecido, não poderá ser retirado, artigo 5º, XXXVI, CF.

renunciada parte do direito de punir pelo Estado em virtude da remição dos dias trabalhados, o reeducando passa a cumprir novo título executivo penal, que somente poderá ser alterado em sede de revisão criminal. Trata-se de direito adquirido do sentenciado, ou seja, o renunciado direito de punir passa a compor o direito de liberdade do reeducando.⁵⁵

Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, a imputação de falta grave também tem como consequência o reinício da contagem do lapso temporal necessário para nova progressão de regime, ou seja, se o sentenciado já estava prestes a progredir de regime e comete uma infração classificada com falta grave, para fins de progressão de regime, despreza-se aquele período já cumprido e reinicia-se a contagem do prazo necessário para aferir a progressão.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE (FUGA) EM REGIME ABERTO. REGRESSÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. REINÍCIO DA CONTAGEM DO LAPSO DE 1/6 PARA A OBTENÇÃO DE NOVA PROGRESSÃO. PACIENTE QUE FICOU 1 ANO E 8 MESES FORAGIDO. PROPORCIONALIDADE DO ENQUADRAMENTO DA CONDUTA COMO FALTA GRAVE. ORDEM DENEGADA. 1. É DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE O COMETIMENTO DE FALTA GRAVE REINICIA A CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL DE 1/6 (1/6 DE CUMPRIMENTO DA PENA A QUE FOI CONDENADO OU AINDA PARA CUMPRIR) PARA A CONCESSÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME. Confiram-se, por amostragem, os seguintes julgados: HCs 85.141, da minha relatoria; 85.605, da relatoria do ministro Gilmar Mendes; 93.554, da relatoria do ministro Celso de Mello; 95.367, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; e, mais recentemente, 101.915, da relatoria da ministra Ellen Gracie. 2. Na concreta situação dos autos, o paciente fugiu do estabelecimento penal, quando estava sob o regime aberto, e permaneceu foragido por 1 ano e 8 meses. Pelo que, observada a proporcionalidade no enquadramento da conduta como falta grave, é de incidir a pacífica

⁵⁵ANTUNES, Jose Benedito. *A falta grave e seus efeitos*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4425/A-falta-grave-e-seus-efeitos>>. Acesso em 15 mai. 2010.

jurisprudência deste STF. Jurisprudência decorrente da própria literalidade do art. 112 da Lei de Execuções Penais: fará jus à progressão, se e quando o condenado “tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão”. 3. O período de 1/6 é de ser calculado, portanto, com apoio no restante da pena a ser cumprida, adotando-se como termo inicial de contagem a data em que o sentenciado foi recapturado. 4. Habeas corpus denegado.⁵⁶

EMENTA: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA REINÍCIO DO CÔMPUTO PARA OBTENÇÃO DE OUTROS BENEFÍCIOS EXECUTÓRIOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Em caso de falta grave, impõem-se a regressão de regime e a alteração da data-base para concessão de novos benefícios executórios, conforme a jurisprudência desta Suprema Corte. 2. Habeas corpus denegado.⁵⁷

Nessa esteira, a desproporcionalidade entre a falta imputada e suas consequências se mostra evidente, uma vez que o reconhecimento de práticas de infração grave causa diversas consequências gravosas para o apenado.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Progressão de regime de cumprimento de pena. Cometimento de falta grave (fuga) em regime aberto. Regressão para o regime semiaberto. Reinício da contagem do lapso de 1/6 para a obtenção de nova progressão. Paciente que ficou 1 ano e 8 meses foragido. Proporcionalidade do enquadramento da conduta como falta grave. Ordem denegada. 1. É da jurisprudência do supremo tribunal federal que o cometimento de falta grave reinicia a contagem do lapso temporal de 1/6 (1/6 de cumprimento da pena a que foi condenado ou ainda para cumprir) para a concessão de progressão de regime. HC 103154. Segunda Turma. Paciente: João Batista Rodrigues dos Santos. Coator: STJ. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 19, de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28103154%2ENUMER%2E+OU+103154%2EACMS%2E%29+%28%28%28AYRES+BRITTO%29%2ENORL%2E+OU+%28AYRES+BRITTO%29%2ENORV%2E+OU+%28AYRES+BRITTO%29%2ENORA%2E+OU+%28AYRES+BRITTO%29%2EACMS%2E%29+OU+%28%28CARLOS+BRITTO%29%2ENORL%2E+OU+%28CARLOS+BRITTO%29%2ENORV%2E+OU+%28CARLOS+BRITTO%29%2ENORA%2E+OU+%28CARLOS+BRITTO%29%2EACMS%2E%29%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 12 mai. 2011.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. EMENTA Habeas corpus. Execução penal. Cometimento de falta grave. Alteração da data-base para reinício do cômputo para obtenção de outros benefícios executórios. Possibilidade. Precedentes. 1. Em caso de falta grave, impõem-se a regressão de regime e a alteração da data-base para concessão de novos benefícios executórios, conforme a jurisprudência desta Suprema Corte. 2. Habeas corpus denegado. HC 104688. Primeira Turma. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Paciente: Luciano Costa Correia. Impetrante: Juliano Vigilato Guiro. Brasília, 24, de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28104688%2ENUMER%2E+OU+104688%2EACMS%2E%29+%28%28DIAS+TOFFOLI%29%2ENORL%2E+OU+%28DIAS+TOFFOLI%29%2ENORV%2E+OU+%28DIAS+TOFFOLI%29%2ENORA%2E+OU+%28DIAS+TOFFOLI%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 12 mai. 2010.

Ao analisar as condições a que são submetidos os presos, o que ocorre é um efeito contrário nos encarcerados, devido à condição sub-humana a que ficam submetidos, sem higiene, educação precária, sem espaço físico para alocação de todos. Assim, não são oferecidas ao menos condições dignas de viver aos presos, sob o argumento de que faltam recursos que possibilite.

O desrespeito aos direitos constitucionalmente assegurados a qualquer indivíduo, incluindo os presos, é um fator que provoca a rebeldia e, em consequência, a reincidência.

Foucault evidenciou a reincidência como consequência da detenção ao estudar prisões francesas, tendo em vista que ao analisar a proporção dos detentos a maioria dos condenados era reincidente.⁵⁸

Nesse contexto, a situação vulnerável em que se encontram os presos faz com que tenham que se adequar às condições a eles imposta, ainda que inconstitucionais, do contrário, podem vir a sofrer perseguições pelos próprios agentes. Note-se que há uma larga possibilidade de sofrerem a imputação de atos considerados como faltas disciplinares, ou seja, essa condição insegura e vulnerável promove ainda mais o sentimento de revolta, vez que vivenciam a injustiça e o “império do mais poderoso” dentro do próprio sistema penitenciário, como um sistema paralelo.

Em busca de tratamento digno, os parentes de presos subornam os agentes para que providenciem comida e roupa, contudo, não conseguem comprar tudo, como acompanhamento médico, que evitaria a omissão de diversos crimes praticados pelos agentes.

Assim, diversos são os fatores correlacionados ao sistema penitenciário que podem levar à reincidência, além da inobservância de direitos fundamentais relacionados à dignidade humana, há também um fator decisivo que é o tratamento recebido dentro da penitenciária por aqueles que tratam diretamente

⁵⁸ FOUCALT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Ed. Vozes, 1987. p.221.

com os indivíduos privados de sua liberdade, vez que os agentes penitenciários têm a potencialidade de manipular a imputação de infrações disciplinares e, sem muitas dificuldades, faltas graves gerando conseqüências no tempo de cumprimento da pena, na progressão de regime, na regressão de regime, na remissão, dentre outras, assim ao hostilizar o preso provoca-se a rebeldia, a revolta, o sentimento de vingança, findando-se na reincidência.

2.4 Falta grave e pena privativa de liberdade

A prática de conduta prevista como falta grave pelo condenado que cumpre pena privativa de liberdade deverá ter a sanção aplicada pelo juízo da execução e não pela autoridade administrativa haja vista ensejar a regressão de regime.

A falta grave praticada por preso em cumprimento de pena privativa de liberdade poderá se dar nas seguintes hipóteses determinadas, quais sejam:

- "Incitar ou participar de movimento que subverta a ordem ou a disciplina": pode ser praticada por meios morais ou materiais, ou seja, induzindo, provocando, organizando ou colaborando com o ato de subversão, respectivamente.
- Fuga: não é necessário ter a presença de violência.

Ao contrário do que ocorre na legislação penal, que considera crime apenas a evasão praticada com violência, a falta disciplinar configura-se ainda quando o preso não utiliza desse meio para deixar a prisão ⁵⁹

- "Possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem": basta a comprovação da potencialidade lesiva do instrumento.

⁵⁹MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2000. p. 138.

Ressalta a lei a possibilidade de estar o preso autorizado a possuir ou usar o instrumento para suas atividades diárias (trabalho na cozinha, nas oficinas etc.), já que somente se considera haver a infração quando a posse é indevida.⁶⁰

- Provocar acidente de trabalho: há que ser condutas dolosas para encontrar-se incurso nessa previsão. Pode ser praticada tanto no trabalho interno quanto no externo, o preso albergado não se encontra incurso nessa hipótese.

...a provocação de acidente de trabalho pelo albergado poderá constituir-se em crime (dano, lesões corporais, homicídio etc), passando aí a constituir-se em falta grave nos termos do art. 52 da Lei de Execução Penal.⁶¹

- Descumprir, no regime aberto, as condições impostas.
- Inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39, desta Lei.

2.5 Falta grave e pena restritiva de direito

A única penalidade prevista para aquele que comete a falta grave durante o cumprimento da pena restritiva de direitos é a conversão em privativa de liberdade. Contudo, na situação em que este vier a praticar crime cuja pena não enseja a perda de liberdade o mesmo não terá a pena convertida em privativa de liberdade, o que provoca uma verdadeira contradição.

Nos termos dos arts. 45, I, do CP e 181, §1º, “e”, da LEP, não há conversão em pena privativa de liberdade, pois esta só ocorreria se houvesse condenação a pena privativa de liberdade não suspensa por sursis. Há, no entanto, flagrante contra-sendo, pois a prática de falta grave, que não seja crime, dá margem à conversão (art. 181, §1º, “d”, da LEP). Assim, cometendo falta grave haveria a conversão em pena privativa de liberdade, e, cometendo crime, poderia não haver.⁶²

⁶⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2000. p. 138.

⁶¹ Ibidem, p. 139.

⁶² CAPEZ, Fernando. *Execução Penal*. 9.ed. São Paulo: Paloma, 2003. p.43.

2.6 Da prescrição

Considerando que a norma que dispõe sobre o tema é norma penal em branco, tem-se, por analogia a aplicação da regra geral, ou seja, que a prescrição corre em no máximo 2 anos, consoante regra prevista no artigo 109, VI, do CP. Nesse sentido a jurisprudência do TJDFT é unânime, senão vejamos:

HABEAS CORPUS - EXECUÇÃO PENAL - FALTA GRAVE - SANÇÃO ADMINISTRATIVA - PRESCRIÇÃO BIENAL - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA.
1) - **O prazo prescricional para aplicação da sanção administrativa disciplinar é bienal, uma vez que diante da inexistência de legislação específica quanto ao referido prazo para a aplicação de sanção disciplinar, deve-se utilizar o disposto no art. 109 do Código Penal, levando-se em consideração o menor lapso previsto.**
2) - **Transcorrido o lapso temporal de dois anos contado entre a data do cometimento da falta disciplinar grave e sua homologação por decisão judicial, não há que falar em fixação de novo marco inicial para a progressão do regime, em razão da prescrição.**
3) - Habeas Corpus admitido e concedido.⁶³

AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. **FALTA GRAVE.** AUSENTAR-SE DO LOCAL DE TRABALHO SEM AUTORIZAÇÃO. RECAPTURA NO MESMO DIA. CONSEQUÊNCIA EM RELAÇÃO À REMIÇÃO. **PRESCRIÇÃO BIENAL. ART. 109 DO CÓDIGO PENAL.** CONTAGEM DO PRAZO.
1 Ausente previsão legal da prescrição de infrações disciplinares na execução penal, é cabível a aplicação analógica do artigo 109 do Código Penal, considerando o lapso prescricional de dois anos contados a partir do cometimento da infração.
2 O sentenciado foi punido pela fuga e submetido à regressão de regime sem a penalidade de perda dos dias remidos, omissão que veio a ser questionada pelo Ministério Público seis anos depois, ao insurgir-se contra a sentença que concedeu o livramento condicional computando os dias remidos pelo trabalho, inclusive aqueles anteriores à falta.
3 Livramento condicional mantido, reconhecida a prescrição da sanção disciplinar.⁶⁴

⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Habeas Corpus. Habeas corpus - execução penal - falta grave - sanção administrativa - prescrição bienal - constrangimento ilegal caracterizado - ordem conhecida e concedida. 20100020008832HBC. 1ª Turma Criminal. Relator LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS. Brasília, 11, de abril de 2010. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62223,59135,27694&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>>. Acesso em: 12 mai. 2011.

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Agravo. Execução penal. Falta grave. Ausentar-se do local de trabalho sem autorização. Recaptura no mesmo dia. Consequência em relação à remição. Prescrição bienal. Art. 109 do código penal. Contagem do prazo. 20050110551200RAG. 1ª Turma Criminal. Relator: George Lopes Leite. Brasília, 11, de junho de 2007. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi->

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. **COMETIMENTO DE FALTAS GRAVES. FUGA E PRÁTICA DE CRIME DOLOSO. PERDA DOS DIAS REMIDOS. PRESCRIÇÃO. PRAZO DE DOIS ANOS.** ORDEM CONCEDIDA.

1. O paciente praticou dois fatos caracterizados como falta grave, quais sejam: fuga em 12/09/2005 e prática de crime doloso em 17/09/2005 (artigos 50, inciso II, e 52, ambos da Lei de Execução Penal, respectivamente). A sentença condenatória relativa a este crime transitou em julgado e foi expedida carta de sentença à Vara de Execuções Penais em 16/02/2006.
2. Foi instaurado processo disciplinar e, em 01/06/2006, o douto Juízo impetrado proferiu decisão, impondo ao paciente a regressão ao regime fechado, com efeitos retroativos à data da falta grave.
3. **Somente em 29/06/2009, foi declarada a perda dos dias remidos em decorrência da prática da falta grave, ou seja, mais de quatro anos após as faltas graves. Ocorreu, portanto, a prescrição, cujo prazo é de dois anos, nos termos da jurisprudência.**
4. Diante do acolhimento da prescrição, resta prejudicado o exame da questão referente à alegada ausência de ampla defesa na decisão que declarou a perda dos dias remidos.
5. Habeas corpus admitido e ordem concedida para declarar a prescrição da sanção disciplinar que declarou a perda dos dias remidos. (grifo nosso)

65

bin/tjcgil?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62223,59511,18230&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER >. Acesso em: 12 mai. 2011.

⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Habeas Corpus. Habeas Corpus. Execução Penal. Cometimento de faltas graves. Fuga e prática de crime doloso. Perda dos dias remidos. Prescrição. Prazo de dois anos. Ordem concedida. 20090020132736HBC. 2ª Turma Criminal. Relator Roberval Casemiro Belinati. Brasília, 12, de novembro de 2009. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62223,59846,3592&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>>. Acesso em: 12 mai. 2011.

3 Sistema progressivo/regressivo da execução da pena corporal

O Código Penal prevê regimes para o cumprimento da pena, quais sejam o regime fechado, regime semi-aberto e o regime aberto. Adotou como forma de executar a pena o sistema progressivo de regime. Assim, no decorrer do cumprimento da pena, como meio de reinserção do indivíduo na sociedade, transfere-o para o regime menos rigoroso ao que se encontrar. Consoante o artigo 112 da LEP, para fazer jus à progressão de regime o apenado deve preencher dois requisitos, um objetivo e um subjetivo, quais sejam:

- Requisito objetivo: cumprimento de um sexto da pena, salvo quando se tratar de crime hediondo que deverá ser observado o cumprimento de dois quintos se primário e três quintos se reincidente.
- Requisito subjetivo: atestado de bom comportamento emitido pelo diretor do presídio que cumpre pena.

Renato Marcão afirma ser suficiente o preenchimento desses requisitos para a obtenção da progressão de regime, senão vejamos:

... em razão das mudanças impostas com a Lei n. 10.792/2003, o art. 112 da Lei de Execução Penal exige *apenas o cumprimento de um sexto da pena*, como requisito objetivo para a progressão, e a apresentação de *atestado de boa conduta carcerária* firmado pelo diretor do estabelecimento prisional, como requisito subjetivo. É o que basta para a progressão.⁶⁶

Nessa esteira, o sistema progressivo visa reinserir o indivíduo ao convívio social e familiar gradualmente, fundamentando-se no mérito e no aspecto temporal, atendendo às esses requisitos pressupõe-se que o indivíduo está apto a retomar a vida em sociedade sem oferecer risco aos demais.

⁶⁶ MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 46.

3.1 Do mérito do reeducando

São vários os benefícios relacionados ao mérito do reeducando, sendo indispensável para aferição deles. Conforme elucidado no capítulo 8, a verificação de falta grave por si só já é um empecilho para fazer jus à esses benefícios, bem como a tentativa também é punida como se consumada fosse, conforme o parágrafo único do artigo 49 da referida Lei assim faz alusão.

Neste ponto, é importante mencionar que a simples constatação, pelo juízo da execução, da prática de uma falta disciplinar já é suficiente para obstar qualquer pedido perante a Vara de Execução Penal para obtenção de direitos, tanto porque o bom comportamento é requisito subjetivo para que o apenado possa gozá-los. Aqui já pode ser observada a primeira inconstitucionalidade, pois de acordo com o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII da Constituição da República, ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. (grifo nosso)⁶⁷

O mérito do reeducando é tido como condição subjetiva para aferir diversos benefícios, a falta grave ao ser imputada tem o poder de obstar qualquer benefício que dependa do mérito, vez que configura que aquele sujeito não alcançou o mérito, note-se a potencialidade prejudicial que tem a imputação da falta grave em todos os benefícios que dependam do mérito, refletindo de maneira decisiva na trajetória do sentenciado.

3.2 Regressão de regime

A regressão de regime é instituto que remete o sentenciado a regime mais gravoso daquele que se encontra, trata-se de procedimento excepcional aplicado como sanção.

⁶⁷ SILVA, Evelyn Melo. *Leitura constitucional da lei de execução penal: das inconstitucionalidades nas apurações das faltas disciplinares*. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em 22 abr. 2011.

As circunstâncias ensejadoras da regressão de regime são previstas na Lei de Execução Penal, uma vez que se trata de competência da União para legislar sobre as faltas graves.

A regressão de regime, pelo seu rol taxativo, ocorrerá nas seguintes hipóteses:

- Prática de fato definido como crime doloso: para se encontrar incursão nessa previsão não é necessário que tenha sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, a simples prática de crime doloso é suficiente para que ocorra a regressão (MARCÃO, 2010).
- Prática de falta grave: é a prática de qualquer uma das condutas previstas no artigo 50 da LEP.
- Condenação por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime: vale lembrar que o regime prisional é aferido com base no tempo de pena determinado na sentença penal condenatória. Uma vez que venha a incidir condenação superveniente por crime anterior há que ser aplicado o instituto de unificação das penas, observando-se a remição e a detração. O resultado obtido através dessa fórmula irá determinar qual o regime a ser aplicado ao caso concreto.

De tal sorte, se o réu vier a sofrer várias condenações com a imposição das respectivas penas no regime aberto, nada impede que em sede de execução se estabeleça regime mais rigoroso como decorrência do somatório das penas, observando que, se da operação resultar pena igual ou inferior a quatro anos, o regime será o aberto; se a pena for superior a quatro anos e não exceder a oito, o regime será o semi-aberto, e, se for superior a oito, deverá começar a cumpri-la em regime fechado.⁶⁸

- Frustrar os fins da execução: abarca-se nessa previsão todos os atos contrários à finalidade da pena, quais sejam aqueles previstos no artigo 1º da Lei 7.210.

⁶⁸ MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 196.

- Não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

Em tese, outras hipóteses, além dessas, não são possíveis. Contudo, como verifica-se na leitura desse rol, as condutas previstas não são exatas, deixando uma margem de discricionariedade para o agente que enquadra os atos às condutas previstas.

Não obstante, há ainda as sanções indiretas, um exemplo é a remoção de presos entre os estabelecimentos por vontade da administração penitenciária, nessa situação além de dificultar o contato do sentenciado com a família, manipulam a competência do Juízo da Execução.

Segundo entendimento de Renato Marcão (MARCÃO 2010), a regressão do regime não pode se dar *per saltum*, ou seja, deve acontecer de forma gradual, assim como na progressão de regime.

Noutro giro, já há decisões do STF que pendem para o entendimento de que para se dar a regressão de regime pelo cometimento de outro crime deve-se aguardar a sentença final condenatória aferindo se houve ou não o cometimento de crime, consoante HC 96246 / RS – Rio Grande do Sul, publicado em 06.10.2008, Relator foi o Ministro Marco Aurélio.

DECISÃO RECURSO – DEVOLUTIVIDADE. FALTA GRAVE – COMETIMENTO DE DELITO – AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA - LIMINAR DEFERIDA. 1. A Assessoria assim definiu os parâmetros desta impetração: O paciente foi condenado a quatro anos de reclusão, em regime semi-aberto, pela prática do delito tipificado no artigo 157 do Código Penal. O cumprimento da pena teve início em 23 de julho de 2006. Em 25 de agosto seguinte, o Juízo da Execução deferiu-lhe a progressão para o regime aberto, nos termos do artigo 112 da Lei de Execuções Penais. Veio a empreender fuga em 1º de outubro de 2006, sendo recapturado, em flagrante delito, em 1º de janeiro de 2007. No âmbito administrativo, foi instaurado processo disciplinar visando a apurar o cometimento de falta grave. O Juízo da Execução homologou o procedimento, entendendo como suficiente à punição da infração disciplinar o isolamento por trinta dias, mantendo o regime prisional aberto. O Ministério Público interpôs agravo. O Tribunal de Justiça a ele negou provimento. Concluiu mostrar-se bastante, para a punição relativa à fuga, a imposição da sanção administrativa de isolamento. Teriam sido observados os princípios da proporcionalidade bem como da individualização da pena e não

haveria comprovação, no processo, do alegado crime cometido durante o período em que o paciente esteve foragido. Não existia sentença penal condenatória transitada em julgado. Destacou que entendimento em sentido contrário implicaria ofensa ao princípio da não-culpabilidade. Contra o referido julgado foi interposto recurso especial, ao qual a Ministra Jane Silva, Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais convocada, deu provimento para reconhecer a prática de falta grave, determinando a regressão no regime de cumprimento da pena e o estabelecimento de nova data-base para a concessão de futuros benefícios. O agravo regimental a seguir interposto foi desprovido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob o fundamento de que a ausência do trânsito em julgado de sentença condenatória não impediria o reconhecimento da prática de falta grave. A impetração está voltada contra esse julgado. Sustenta-se que o paciente está submetido a constrangimento ilegal, pois, somente após sentença final condenatória, seria possível concluir pela ocorrência, ou não, de outro ato delituoso, não servindo a tanto o simples recebimento da denúncia. Diz-se que as sanções administrativo-disciplinares, por interferirem efetivamente no tempo de cumprimento da pena, com implicações no direito de liberdade, dependem de homologação judicial para produzirem efeitos. Observa-se que as disposições da Lei de Execuções Penais são anteriores à Carta de 1988, devendo-se aferir, portanto, a compatibilidade com o princípio da não-culpabilidade. Afirma-se que o argumento de mostrar-se dispensável o trânsito em julgado da condenação em prol da suposta efetividade do processo de execução não há de prevalecer sobre o direito fundamental ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. Assevera-se, também, que o julgamento no Superior Tribunal de Justiça teria extrapolado o pedido. O Ministério Público estadual, no agravo em execução, impugnara a decisão tão-somente na parte em que afastada a regressão. Os temas pertinentes à perda dos dias remidos e ao reinício da contagem dos prazos para a concessão de futuros benefícios da execução, a partir da verificação da ocorrência de falta grave, não teriam sido objeto do inconformismo. O Tribunal de Justiça não se manifestara sobre tais questões. Ao Superior Tribunal de Justiça, então, não seria dado o exame das matérias. Argúi-se a nulidade da decisão, porque proferida fora dos limites estabelecidos na origem. Pede-se a concessão de liminar, para que seja suspenso o mencionado pronunciamento até a decisão final deste habeas. No mérito, busca-se ver confirmado o ato do Juízo da Execução Penal de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul, que implicou o indeferimento do reinício da contagem dos prazos para fruição dos novos benefícios penais e da regressão do regime prisional, mantendo o paciente no regime aberto de cumprimento da pena. 2. Sob o ângulo tanto da devolutividade do recurso do Ministério Público quanto do princípio da não-culpabilidade, há campo propício à manutenção do acórdão reformado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recurso especial. De início, o recurso do Ministério Público contra a sentença do Juízo da execução ficou restrito à regressão no regime de cumprimento da pena. No mais, descabe assentar a falta grave a partir da presunção da culpa do preso considerado possível

envolvimento em outro delito. Há de aguardar-se a preclusão do que vier a ser decidido no processo-crime formalizado. Cabe ter presente ainda a estreiteza da via do especial. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgá-lo, não exerce simples crivo revisional. Este último compete à derradeira instância ordinária, no caso, revelada pela atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 3. Defiro a liminar para suspender a eficácia do pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, restabelecendo, com isso, o acórdão prolatado, no Agravo em Execução nº 70020894754, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 4. Colham o parecer da Procuradoria Geral da República. 5. Publiquem. Brasília, 27 de setembro de 2008. Ministro MARCO AURÉLIO Relator.⁶⁹

3.3 Regressão de regime por falta grave

O objeto da presente pesquisa é a regressão de regime em consequência de prática de falta considerada grave. O preso que praticar alguma das condutas previstas no artigo 50 da LEP responderá processo administrativo para apuração dos fatos e, se ao final for constatada a prática da falta grave, regredirá de regime para o regime imediatamente mais gravoso do que se encontrar.

3.4 Processo de apuração da falta grave

O sistema de execução se dá pela interação complexa, conforme instantes, do poder judiciário e administrativo, não sendo dispensada solução jurídica diante de ocorrências na fase de execução da pena. Portanto, caso não

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Decisão recurso – Devolutividade. Falta grave – Cometimento de delito – Ausência de trânsito em julgado de sentença condenatória - Liminar deferida. HC 96246. Paciente: Fernando Borba. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: STJ. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 27, de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2896246%20ENOME%2E+OU+96246%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 12 mai. 2011.

alcançada solução da lide pela via administrativa o judiciário será acionado para interferir e dar a solução ao caso.

Nesse diapasão, deveria então ser desenvolvido perante o juiz da execução, que é o órgão competente, toda vez que acarretar consequências negativas no direito de liberdade do apenado, bem como com a presença do reeducando para que preste seu depoimento, com a assistência de seu advogado utilizando todos os meios de prova legalmente admitidos para sua defesa, inclusive a defesa técnica. Contudo não é essa a realidade atinente.

Em que pese os argumentos empregados pela defensoria pública no sentido de que o aparelho de telefonia celular deveria ter sido submetido à realização de exame pericial a fim de testar a funcionalidade, embora se respeitem os entendimentos em sentido contrário não merece prosperar. Deve ser afastada a referida tese, nos termos do art.158 do CPP. Conquanto não deva ser ignorada a regra constitucional em que os litigantes em processo judicial ou administrativo devam ser observadas as regras referentes ao devido processo legal, que compreende o contraditório e a ampla defesa, tem-se, por outro lado, que a observância a tal preceito não induz à premissa de que um procedimento de apuração de infração disciplinar tinha que observar à risca todas as normas inerentes ao Processo Penal. (TJSP, HC 990.08.194202-0, 12ª Câmara Criminal, j. 01.04.2009)⁷⁰

Conforme dito no início deste capítulo, o rol de infrações disciplinares que ensejam falta grave é taxativo, vindo a ser regido pelo princípio da legalidade. Contudo, este rol não prevê as condutas de forma clara e objetiva o bastante, dando margem à discricionariedade ao agente penitenciário, afrontando o princípio supra.

Inobstante, a ofensa ao princípio da legalidade nas sanções disciplinares é demasiadamente grave para o apenado porque leva a aplicação de uma série de sanções como perda dos dias remidos, previsto no art. 127 da LEP – o que fere o direito adquirido; rebaixamento de classificação de comportamento, podendo o apenado sair de Excelente para o Neutro, ferindo a proporcionalidade, pois para avançar em cada classificação é necessário bom comportamento num período de seis meses, e quando há cometimento de infração disciplinar, o rebaixamento é em

⁷⁰1999 apud AMARAL, 2009, p. 186.

salto; além do mais encontra obstáculo na Vara de Execuções Penais para o deferimento de qualquer pedido que tenha requisito subjetivo a ser preenchido.⁷¹

Mais uma garantia assegurada constitucionalmente é a ampla defesa, que garante ao acusado a oportunidade de responder, contestar, se defender com a finalidade de um justo julgamento mesmo no procedimento disciplinar.

Art. 5º

[...]

LV – aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

[...].

Nesse sentido, a orientação do STF, sumulada sob o nº 523, a falta de defesa considera nulo o processo penal, nestes termos é que o processo para apuração de falta grave deveria ser considerado nulo caso comprovado que a defesa foi prejudicada ou obstada, causando prejuízo ao réu.

Vale ressaltar que, o interrogatório faz parte dos atos assegurados pelo princípio da ampla defesa, logo, não poderia haver qualquer punição sem antes a oitiva do apenado, como ocorre no isolamento preventivo.

Ainda, questões consideradas pelo judiciário como puramente administrativas não são analisadas, assim, o judiciário se abstém de efetuar a prestação jurisdicional desconsiderando fatos que lhe foram apresentados.

Senão vejamos decisão proferida pelo TJDF no que diz respeito às questões consideradas administrativas:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. SAÍDAS TEMPORÁRIAS. FALTA MÉDIA. SUSPENSÃO DE BENEFÍCIO. DECISÃO ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE.

A falta cometida pelo condenado, considerada média, dá ensejo a suspensão do benefício de saída temporária, automaticamente e/ou por decisão do diretor do estabelecimento prisional.

⁷¹ SILVA, Evelyn Melo. *Leitura constitucional da lei de execução penal: das inconstitucionalidades nas apurações das faltas disciplinares*. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em 22 abr. 2011.

Não cabe ao Poder Judiciário se imiscuir nas decisões administrativas tomadas em estrita legalidade, visando o correto cumprimento da pena, por meio do poder-dever de fazer prevalecer a hierarquia das normas do estabelecimento prisional.

Ordem denegada.
(20080020194410HBC, Relator SOUZA E ÁVILA, 2ª Turma Criminal, julgado em 05/03/2009, DJ 01/04/2009 p. 113). (GRIFO NOSSO)

Ainda no que concerne à ampla defesa, o STJ reconheceu a não observância desse princípio nos seguintes julgados, quais sejam HC 2.696-0-MG, 6ª Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Gernicchiaro; Recurso em Mandado de Segurança nº 7.005 – BA, reg. 96.24174-0, Rel.Min. Ari Pargendier; HC 9.236-SP, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal.

Bem como o STF se manifestou pela violação desse princípio nos julgados, RE 168.081, Rel. Min. Ilmar Galvão; HC 71.250-9 RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Rezek.

Conclusão

O objetivo geral da presente pesquisa foi analisar os procedimentos adotados pelos estabelecimentos prisionais no que tange à processos para apuração de falta grave, bem como a proposição de um procedimento que acolha os princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro.

Os objetivos específicos da pesquisa foram estudar as bases principiológicas que regem a Lei de Execução Penal, 7.210 de 1984 e a comunicação entre essas, realizar levantamento acerca da posição doutrinária dos autores mais relevantes no que tange aos conceitos de modelo estatal adotado pelo Brasil e a seus princípios aplicáveis ao processo penal, com ênfase á fase de execução da pena.

Buscou ainda abordar a aplicação dos princípios como o devido processo, contraditório e a ampla defesa na fase de execução, citando como exemplos casos reais, bem como julgados dos Tribunais e artigos, observados os limites de atribuições e responsabilidade dos membros que julgam e apuram esses processos administrativos e dos magistrados da execução responsáveis por aplicar as sanções.

Não obstante, foi realizada a análise da possibilidade de ajustes a serem executados, fazendo assim uma comparação com o que a lei quer transmitir e o que ela de fato transmite, ou seja, um exame do procedimento adotado de praxe com o ideal que condiz com o fim almejado do sistema de execução penal.

Por fim, abordaram-se os impedimentos que obstruem a prática desse sistema de apuração de falta grave condizente com o ideal buscado pela sociedade. Concluiu-se que, para que se garanta um procedimento mais justo o ideal é que nas situações que refletirem materialmente na seara penal, o processo deveria ser instaurado junto ao juízo da execução, vez que no caso de processos administrativos ocorre uma efetiva diminuição da garantia da ampla defesa.

A presente pesquisa teve como conclusão três hipóteses verificadas. A primeira hipótese seria afirmar que o a regressão de regime por falta grave não possui margem à discricionariedade do agente, ou seja, não pode ser objeto de

manipulação de poder contra o preso, não sendo necessária nenhuma observação, nem um reparo ou sugestão por parte do pesquisador ou de qualquer outro que o caiba, incumbindo somente relatar como tal instituto é exercido. A segunda hipótese seria a constatação que há margem à discricionariedade do agente, gerando assim um sistema paralelo ao da Execução Penal, que gera insegurança e prejuízo para o reeducando. Essa suposição faz com que o pesquisador formule possíveis soluções para que se garanta uma justa apuração das faltas. A terceira hipótese seria a constatação de que na apuração das faltas graves não há margem à discricionariedade dos responsáveis pela disciplina dos detentos, mas não é exercido em plena observância das garantias constitucionais. Nessa hipótese o pesquisador analisará e irá formular possíveis sugestões para que a apuração das faltas graves que ensejarem a regressão de regime seja mais próxima dos princípios garantidores para um justo processo, mesmo que administrativo.

Nessa esteira, vislumbra-se que na literalidade da lei são asseguradas garantias constitucionais que direciona a fase de execução penal a se desenvolver de forma justa e com a finalidade de ressocializar o preso, contudo, na prática, a aplicação dessas garantias não é plena, bem como a LEP deixa margem à discricionariedade, quando, por exemplo, descreve as condutas que ensejam a falta grave, ainda que considerado taxativo o rol. Assim, a legislação que rege a fase de execução da pena há de sofrer ainda diversas alterações para não permaneça dentro do sistema carcerário um sistema paralelo que dá o poder de manipular a situação do encarcerado.

Referências

AMARAL, Cláudio do Prado. Em busca do devido processo legal na execução. *Revista Brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 17, n.81, Nov. /dez. 2009.

ANTUNES, Jose Benedito. *A falta grave e seus efeitos*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4425/A-falta-grave-e-seus-efeitos>>. Acesso em 15 de mai. 2010.

BECHARA, Fabio Ramazzini. CAMPOS, Pedro Franco de. Princípios constitucionais do processo penal. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6348/principios-constitucionais-do-processo-penal>>. Acesso em 01 abr. 2010.

BRASIL. Lei 7.210, 11 de julho de 1984. Institui Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 abr. 2011.

BRASIL, Ministério da Justiça. Relatório de Gestão, DEPEN, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 89459. Acesso em: 12 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 103154. Acesso em: 12 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104688. Acesso em: 12 mai. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 20100020008832 HBC. Acesso em: 12 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 96246. Acesso em: 12 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sumula Vinculante. Acesso em: 26 ago. 2010.

CAPEZ, Fernando. *Execução Penal*. 9. ed. São Paulo: Paloma, 2003.

CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COUTO, Carlos Magno. *A execução penal da cidadania*. Disponível em: <WWW.ibccrim.org.br>. Acesso em 22 abr. 2011.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2000. p. 135.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 22 abr. 2011.

ROCHA, Alexandre Ferreira da. *O Estado e o Direito de Punir*. A superlotação do sistema penitenciário brasileiro. O caso do Distrito Federal. 2006. 194 f. Dissertação (mestrado) – Programa de Mestrado em Ciência Política: Instituto de ciência política da Universidade de Brasília, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. p. 54. Disponível em: <<https://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/2217/1/Alexandre%20Pereira%20da%20Rocha.pdf>> acessado em 10 abr. 2010.

SILVA, Evelyn Melo. *Leitura constitucional da lei de execução penal*: das inconstitucionalidades nas apurações das faltas disciplinares. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em 21 abr. 2011.

VIEIRA, Adriana Dias. Significado de Penas e Tratamentos Desumanos. Disponível em: <<http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/latina/dias/cap1.htm>> Acesso em 14 mar. 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

1999 apud AMARAL, 2009.